

Aperçu historique des sûretés personnelles en Valais

par
Grégoire GHIKA

MM. J.-Fr. Poudret et G. Partsch, tous deux professeurs d'histoire du droit, le premier à l'Université de Lausanne, le second à celle de Liège, ont conjugué leurs efforts pour retracer, dans toute la mesure du possible, l'histoire des sûretés personnelles d'après les documents suisses du Moyen Age¹.

Ce que l'on voudrait souligner ici, c'est l'intérêt particulier de leur ouvrage pour le Valais, pays où le cautionnement a toujours joué un rôle de premier plan pour l'obtention du crédit. Le lecteur ne doit pas croire que l'on ait pu extraire en quelques lignes tout ce qui concerne notre canton dans un texte aussi riche, où presque chaque page mentionne le cas du Valais et reproduit des citations de documents valaisans inédits. De plus, l'éclairage provenant des sources extérieures au Valais replace d'autant mieux l'ensemble de la question dans l'histoire du droit suisse. Notre seul propos est d'attirer l'attention du lecteur valaisan sur une publication qu'il ne pourra plus ignorer.

Les auteurs se déclarent conscients d'avoir entrepris une tâche périlleuse ; sauf de rares exceptions, les sûretés personnelles n'ont pas fait l'objet de recherches approfondies en Suisse. Nos coutumes médiévales ne contenant que de rares dispositions sur cet objet, la seule voie qui s'ouvre à l'historien du droit suisse est de consulter les actes de la pratique. Or, les sources du droit sont très loin d'être toutes accessibles en Suisse. Leur dépouillement ne saurait être complet.

Fort heureusement pour lui et pour le Valais, M. Partsch a pu consulter d'intéressantes sources valaisannes, en particulier le « liber clamarum » (livre des clames) du métral de Bagnes en 1328, manuscrit original des archives de l'Abbaye de Saint-Maurice, ainsi que les minutes des notaires des archives du Chapitre de Sion, notamment le « registrum magistri Martini de Seduno » (1275-1300), sans parler des publications de J. Gremaud, de A. Heusler et d'autres historiens.

¹ Jean-François Poudret et Gottfried Partsch, *Les sûretés personnelles d'après les sources suisses du Moyen Age*, dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XIX, Bruxelles, 1971, pp. 483-652.

Voici tout d'abord quelques conclusions générales de nos deux auteurs : dans le domaine de la procédure, on constate une persistance remarquable des garanties personnelles depuis l'époque franque. Dans le droit des contrats, si les sûretés personnelles n'apparaissent guère avant le XII^e ou le XIII^e siècle, elles garantissent des obligations de toute nature et elles ont donc une extension beaucoup plus grande que le cautionnement moderne.

On observe un vif contraste entre la Suisse romande et alémanique : l'institution de l'otage se maintient jusqu'au XVI^e siècle en pays de langue allemande, où il constitue le type ordinaire de sûreté personnelle. En pays romand au contraire, la « fidéjussion » ne tarde pas à l'emporter. En Suisse alémanique, l'otage est tout d'abord une « garantie d'influence » ; puis il se transforme en peine conventionnelle à la charge du débiteur, les otages n'assumant, durant tout le Moyen Age, aucune responsabilité patrimoniale. En Suisse romande, en revanche, ils encourent de bonne heure une responsabilité sur leurs biens, car ils sont tenus de remettre des gages au créancier si le débiteur persiste à ne pas s'exécuter.

La promesse de gage proprement dite est une institution typiquement romande. En Suisse alémanique, le garant ne répond en principe de la dette que s'il s'engage en qualité de codébiteur solidaire, alors que la fidéjussion, dans les pays romands, est dans la règle un cautionnement solidaire.

L'intransmissibilité héréditaire du cautionnement en Suisse alémanique, jusqu'au XV^e siècle, s'explique par une pénétration moins profonde du droit romain qu'en Romandie ou même qu'en Allemagne du Sud.

Le « bénéfice de discussion », en vertu duquel la caution n'est pas poursuivie avant le débiteur principal, n'est reçu en Suisse qu'à la fin du Moyen Age, sauf en Valais et au Tessin, où il est consacré au XV^e siècle. De même, le « bénéfice de division » et le droit de recours entre cautions ne semblent pas avoir été accueillis par la coutume. Cela signifie que, même en pays romands, le cautionnement médiéval demeure fort éloigné de la réglementation du droit romain.

Fidéjussion, otage et cautionnement

En Valais, M. Partsch n'a pas rencontré de sûretés personnelles avant le milieu du XII^e siècle, comme en Suisse romande. Les formes en sont la fidéjussion et l'otage. Ainsi, les statuts de Sion de 1269 emploient les termes « redditoria et obstagium ». Le mot « cautio » apparaît en 1330 et il peut s'appliquer aussi bien à la fidéjussion qu'à l'otage.

En procédure, la libération sous caution semble une innovation dans le Bas-Valais au XIV^e siècle. Elle n'est connue dans le Valais épiscopal qu'au siècle suivant. Le « liber clamorum » montre, en 1328, que dès le dépôt d'une « clame » ou plainte, le défendeur est invité à fournir

une ou plusieurs cautions « de stando juri » — pour comparaître en justice sous peine du ban de 60 sous ou de la détention. La caution consiste presque toujours en un ou plusieurs fidéjusseurs. Le demandeur ou plaignant peut aussi être astreint à fournir caution du bien-fondé de sa « clame ». Les statuts du cardinal Schiner, de 1514, exigeront des garanties de la part des deux parties.

Le cautionnement joue aussi son rôle dans la procédure d'exécution forcée et dans les poursuites pour dettes : les « aucuns cas de costume » du XIV^e siècle disposent que le débiteur peut obtenir révocation de la saisie moyennant caution à fournir dans les quarante jours.

Dès la seconde moitié du XIII^e siècle, nombre de sentences arbitrales sont garanties par des sûretés personnelles, fidéjusseurs ou otages. Il en va de même pour les traités de paix : celui conclu entre l'évêque de Sion et le comte de Savoie en 1179 comporte dix garants pour chaque partie : ces garants prêtent serment et s'engagent à tenir otage en cas de violation du traité, jusqu'à ce que le dommage ait été pleinement réparé.

Dans les actes privés de ventes immobilières, la garantie de l'aliénateur fait son apparition en Valais en 1230. La garantie du chef d'éviction doit être rapprochée de la « laudatio » soit approbation des proches parents de l'aliénateur : le vendeur donne souvent des garants de l'approbation de l'acte par ses parents, surtout par ses fils mineurs ou absents. La garantie pour paiement du prix se trouve aussi en Valais dès la seconde moitié du XIII^e siècle, moyennant otage ou fidéjusseurs, car la vente immobilière se fait souvent chez nous à crédit.

De même, les ventes mobilières à crédit portant sur du blé, du vin, du fromage ou du bétail, s'accompagnent de « fidejussores et redditores », lesquels s'engagent à fournir des otages ou des gages, voire à payer le prix. A Sion, l'évêque bénéficie même en cela d'un crédit de quarante jours s'il fournit des gages ou des fidéjusseurs.

Le crédit joue un rôle insoupçonné dans l'économie médiévale : dans les bourgs valaisans les plus modestes, des juifs, des lombards, des cahorsins et des usuriers prêtent à des ecclésiastiques, à des bourgeois et à des manants, moyennant diverses garanties, notamment des sûretés personnelles (« respoiores, obsides, fidejussores, redditores »). La garantie habituelle est la promesse d'otage. Mais le prêt moyennant fidéjusseurs est courant en Valais dès la seconde moitié du XIII^e siècle. Les fidéjusseurs s'engagent à fournir des gages, après avoir tenu otage pendant quinze jours ou un mois, soit alternativement à rembourser la dette ou à remettre des gages satisfaisants au créancier. La promesse d'otage n'exclut pas nécessairement toute responsabilité patrimoniale. Parfois l'obligation des fidéjusseurs se limite à délivrer des gages au créancier si le prêt n'est pas remboursé à l'échéance. Sûretés réelles et personnelles peuvent être cumulées ou combinées.

Même dans les contrats de mariage, en Valais, des fidéjusseurs garantissent souvent le paiement de la dot ou l'assignation de la dot sur les biens du mari. Mais ici, les garanties réelles demeurent prépondérantes.

Le droit public occasionne aussi des hypothèques ou des sûretés personnelles : dans les statuts de Sion de 1269, les meuniers fournissent de telles garanties pour l'entretien des moulins. Il en va de même à Bagnes pour le messelier et les gardes.

Le tuteur donne parfois des cautions lors de son entrée en charge. Il arrive aussi que les héritiers ou la veuve usufruitière doivent fournir des sûretés personnelles en Valais. Les franchises de Sion subordonnent même la validité des dispositions de dernière volonté des usuriers à la garantie de la réparation de leurs exactions.

Des devoirs résultant du droit féodal ou seigneurial sont parfois corroborés par des fidéjusseurs ou par des otages. L'on garantit de la sorte les obligations les plus diverses, et non pas seulement les dettes d'argent d'un tiers. Les sûretés personnelles du Moyen Age offrent donc les mêmes possibilités que le porte-fort moderne.

Formes de l'engagement

Dans notre pays, le cautionnement n'est pas un acte consensuel, mais formel, qui repose sur la « foi » (fides) ou le serment (juramentum). La « fides », appelée « fyance » dans les « cas de costume » vers 1350, n'apparaît pas avant le serment. Elle est très fréquente partout à la fin du XII^e et au XIII^e siècle. Plus tard, elle ne sera plus utilisée toute seule. La foi est prêtée corporellement, par un geste de la main : chez Martinus de Seduno on trouve l'expression : « ponere jussorem in manu creditoris » (1279).

Quant au serment, il est encore plus répandu dans toute la Suisse durant tout le Moyen Age. Le serment se prête d'ordinaire sur les évangiles (« per juramenta ad sancta Dei evangelia corporaliter prestita »), mais parfois aussi sur les reliques des saints et, en Suisse alémanique, à main levée.

La violation de la foi et du serment fait l'objet de lourdes sanctions civiles et ecclésiastiques, allant jusqu'à l'excommunication.

Au XIII^e siècle, sous l'influence du droit romain, apparaît fréquemment la « stipulatio », qui complète la foi jurée et le serment, mais qui n'est pas une nouvelle forme d'engagement. Il s'agit d'une « clause de style » ou d'une nouvelle manière de désigner le serment promissoire. Les praticiens introduisent l'obligation de tous les biens (« obligatio omnium bonorum ») pour souligner la responsabilité patrimoniale qu'assume le fidéjussor ou même l'otage. Avec la renaissance du notariat, l'acte notarié semble devenir par lui-même une forme suffisante pour engager la responsabilité des cautions. Mais les anciennes formalités

ont pu être utilisées jusqu'au XV^e siècle et l'on ne saurait affirmer que le cautionnement soit devenu un acte purement consensuel pour autant.

Divers types de sûretés personnelles

MM. Poudret et Partsch observent que la classification des sûretés personnelles est malaisée au Moyen Age en raison de l'imprécision des termes et des conventions faites sans référence à un type précis. Il est abusif d'opposer par exemple la fidéjussion à l'otage, car les obligations que peuvent assumer les fidéjusseurs sont diverses. Des garants s'engagent parfois à livrer la personne du défaillant ou du contrevenant au créancier ou au juge. Mais cela n'exclut pas pour eux toute responsabilité patrimoniale.

Les sûretés personnelles sont souvent au Moyen Age l'équivalent de notre porte-fort actuel : il s'agit de la garantie d'un fait quelconque avec obligation d'indemniser en cas d'inexécution. Dans les plus anciens actes et à la fin du XIII^e siècle, notamment dans les traités de paix, on trouve de simples « garants d'influence ». Mais dès le XII^e siècle, en Suisse romande, les garants s'engagent fréquemment à réparer le dommage causé par l'inexécution de la convention.

L'institution de l'otage conventionnel consiste en une promesse par laquelle un garant s'engage, en cas d'inexécution d'une obligation par le débiteur, à se rendre dans un lieu déterminé — en général dans une auberge — et à y demeurer à ses frais ou à ceux du débiteur jusqu'à ce que le créancier soit entièrement satisfait. Dans les actes valaisans, on trouve souvent l'expression : « redditores et obsides apud Sedunum » ou : « ostagium apud Sedunum ». En Suisse romande, cette institution est surtout répandue à côté de la fidéjussion aux XII^e et XIII^e siècles, puis elle tend à disparaître. En Valais, les expressions employées évoquent toutes la promesse d'otage, mais n'excluent pas qu'après un certain délai le garant soit tenu de fournir des gages ou de payer conformément à la coutume. Ainsi, dans le « liber clamarum », les mots « tenere pactum » ont le sens de payer ; de même lorsque l'évêque de Sion, en 1330, contraint un fidéjusseur « ad tenendum pactum » pour le montant d'une condamnation.

Il y aurait lieu de distinguer les purs otages et ceux qui encourent une responsabilité patrimoniale. Mais dès le XIII^e siècle, l'obligation de tenir otage se transforme en une obligation de livrer des gages satisfactoirs au créancier, et il semble que cette obligation soit devenue coutumière en tout cas en Valais à la fin du même siècle, d'où l'expression « obsides et redditores ». Parfois aussi le fidéjusseur s'engage à payer la dette à l'échéance, ou à défaut à tenir otage : il devient en quelque sorte un débiteur solidaire.

Dès la seconde moitié du XIII^e siècle, et tout particulièrement en Valais, les fidéjusseurs s'engagent fréquemment à délivrer des gages

à l'échéance, essentiellement des biens meubles, facilement négociables, mais non pas à payer. Il semble que la livraison de ces meubles était satisfactorie, quel que fût le résultat de la vente. Dans ce cas, le fidéjusseur n'est pas un codébiteur solidaire, à moins qu'il ne s'engage encore sur tous ses biens.

La vente aux enchères a pour but de permettre au débiteur d'éviter la réalisation des gages du fidéjusseur en payant sa dette ou en fournissant lui-même un gage équivalent. Les franchises de Sion, vers 1217, semblent exclure le droit de rachat du fidéjusseur, qui sera consacré par plusieurs coutumes ultérieures.

Dès le XIII^e siècle, en Valais, on trouve maintes fois des expressions telles que « redditores » ou « pagatores sine venditione » ou « sine redditione pignorum », qui semblent désigner une caution tenue de payer en espèces, par opposition au fidéjusseur, qui n'est tenu que de remettre des gages. Cette garantie solidaire, plus efficace, contribuera au déclin de l'otage conventionnel. De telles cautions semblent soumises, comme le débiteur, à la « saisie privée », soit à la contrainte par corps, qui sera réglementée toutefois de bonne heure.

Rapports entre garant et débiteur

Dans la seconde partie du XIII^e siècle, le « bénéfice de discussion » apparaît dans les clauses renonciatives, tant de la part du fidéjusseur que du codébiteur solidaire. Cela ne signifie aucunement que cette renonciation ait été admise antérieurement par le droit coutumier. En droit valaisan, un passage de la déclaration des droits de l'évêque vers 1217 laisse même entendre que le fidéjusseur était poursuivi, en principe, avant le débiteur étranger à la cité. Les statuts de Sion de 1269 et les « cas de costume », au siècle suivant, permettent simplement à la caution, qui est poursuivie avant le débiteur principal, d'évoquer celui-ci en garantie. Selon le « liber clamarum » de 1328, les créanciers agissent soit contre le débiteur principal et les fidéjusseurs, soit contre le fidéjusseur seul. Il ne semble donc pas que le créancier était tenu de choisir entre l'un ou l'autre comme dans le droit romain classique. Les articles de Naters (1446) et les statuts ultérieurs consacrent la responsabilité subsidiaire de la caution : le fidéjusseur ne peut être poursuivi avant le débiteur qu'en cas d'insolvabilité de celui-ci, exception qui n'est pas admise dans le droit de Justinien. En Valais, le bénéfice de discussion a donc été reçu entre la fin du XIV^e siècle et milieu du siècle suivant. Réserve est faite pour le cas où le fidéjusseur se serait engagé comme « principal », soit comme codébiteur solidaire. De tels engagements sont fréquents, même avant que le bénéfice de discussion n'ait été consacré par la coutume.

Le garant qui a payé la dette ou supporté les frais d'otage dispose-t-il d'un droit de recours contre le débiteur ? Si les textes les plus anciens n'en disent rien, dès le XIII^e siècle les sûretés personnelles sont

toujours plus fréquemment accompagnées d'une « gardance de dam » c'est-à-dire d'une promesse du débiteur d'indemniser ses garants. Cet engagement devient une clause de style, et depuis la seconde moitié du XIII^e siècle, le débiteur s'engage sur tous ses biens à relever son fidéjusseur de tous dommages et frais. Parfois il assigne certains immeubles pour garantir le droit de recours du garant. En d'autres cas, il fournit des arrière-cautions, des fidéjusseurs ou des otages. MM. Poudret et Partsch opinent toutefois que la coutume n'a pas tardé à reconnaître le droit de recours indépendamment de tout engagement du débiteur. Les franchises de Sion de 1217 semblent consacrer déjà ce droit de recours. En bref, si le bénéfice de discussion n'est reçu que tardivement dans notre pays, le droit de recours de la caution est consacré de bonne heure par la coutume, et le plus souvent confirmé par une clause de gardance de dam.

Rapports entre garants

Le « bénéfice de division » apparaît dans les clauses renonciatives en même temps que celui de discussion, soit dans la seconde moitié du XIII^e siècle. Le souci d'écarter la réglementation romaine ne signifie nullement non plus que celle-ci ait été reçue dans notre droit coutumier : cela révèle probablement une certaine incertitude des praticiens sur ce point.

Deux systèmes opposés sont attestés dès le XIII^e siècle et coexisteront pendant tout le Moyen Age : s'il y a plusieurs fidéjusseurs, chacun répond d'une quote-part de la dette ou d'un montant précisé dans l'acte, ou bien alors ils s'engagent solidairement pour le tout (« insolidum »). On trouve aussi des fidéjusseurs qui répondent solidairement du tout à côté d'autres qui ne s'engagent que pour une partie de la même dette. Mais en cas de silence de l'acte, il y a présomption en faveur de la responsabilité solidaire.

Extinction de la garantie

Le cautionnement pour durée limitée est exceptionnel. Les obligations de la caution sont, par contre, intransmissibles à ses héritiers à l'époque barbare, au haut Moyen Age et même au XIV^e siècle. Les franchises de Sion de 1217 semblent l'impliquer. Toutefois, nos auteurs estiment que la Suisse romande a dû consacrer, dès le XIV^e siècle, la transmissibilité du cautionnement aux héritiers en raison de la responsabilité patrimoniale assumée très tôt par les fidéjusseurs.

Restrictions au droit de cautionner

Il n'y a pas chez nous, au Moyen Age, de restriction au droit de cautionner en raison de la capacité civile : les sûretés personnelles sont pratiquées par toutes les classes sociales, par les ecclésiastiques comme par les laïques, par les hommes comme par les femmes. En pays valaisan et vaudois, nombre de femmes se portent caution en faveur de leur

mari ou d'un tiers. Le « sénatus-consulte velléen » ne semble donc pas avoir été reçu chez nous : on ne le mentionne que dans des clauses renonciatives empruntées au droit écrit.

L'« intercessio mariti » n'a été prohibée que tardivement : en Valais ce le fut par l'article 11 de la revision des statuts de 1571 en 1780. Il est intéressant d'observer qu'en Valais, où le cautionnement devait être particulièrement répandu et pouvait mettre en péril le patrimoine de la famille, on voit des maris s'engager, dès la fin du XIII^e siècle, à ne plus cautionner sans le consentement de leur épouse ! Aux XIV^e et XV^e siècles, certaines coutumes interdisent en outre de cautionner en faveur d'étrangers, ou encore de garantir des dettes d'auberge et de jeu. On trouve une telle règle dans les statuts du cardinal Schiner en 1514, de même que l'interdiction de l'otage, système qui s'était transformé en celui d'une peine conventionnelle entraînant des frais souvent hors de proportion avec la dette elle-même. L'institution de l'otage avait pris, en effet, une place considérable mais abusive dans la vie publique suisse.

✱

On ne saurait achever cette recension sans souligner la bonne fortune qu'a eue le Valais de conserver un nombre relativement considérable de chartes, de recueils d'actes notariés et de documents judiciaires surtout depuis la renaissance du notariat au XIII^e siècle. Mais il est particulièrement heureux que des spécialistes, tels que MM. les professeurs Poudret et Partsch, étudient avec une grande compétence et une excellente méthode l'histoire si complexe de nos institutions juridiques. Non seulement les juristes, mais tous les historiens du Valais leur en sont reconnaissants.